DIE PROKURA
IM RECHT DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE,

WELCHE MIT

GENEHMIGUNG DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

VEREINIGTEN FRIEDRICHS-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG

NEBST DEN BEIGEFÜGTEN THESEN

AM SONNABEND, DEN 2. MÄRZ 1912, MITTAGS 12 UHR

ÖFFENTLICH VERTEIDIGEN WIRD

Fritz Bünning.

Opponenten:

Herr Referendar Victor Wohlgemuth,
Herr cand. jur. Max Rudolph.

Referent:

Herr Geh. Justiz-Rat Prof. Dr. Lastig.

Halle a. S.
Buchdruckerei von Karl Pritschow, Bernburger Straße 28.

Meinen Eltern gewidmet!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544726_0118

Inhaltsverzeichnis.

I. Wen vertritt der Prokurist in der offenen Handelsgesellschaft? 1

Die Prokura ist eine absolute Vollmacht. Sie ermächtigt den Prokuristen, soweit sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt, zur unbeschränkten Vertretung eines Dritten. Um festzustellen, wer dieser Dritte in der offenen Handelsgesellschaft ist, wird auf die Lehre von der Schuld und Haftung eingegangen. Da die offene Handelsgesellschaft rechtsfähig ist, kann Gesellschafts- und Sonderschuld der einzelnen Gesellschafter durch einen wirksam bestellten Prokuristen begründet werden, und zwar kann der Prokurist hierbei entweder als Substitut in Betracht kommen oder (so nach dem HGB. ausschließlich) im Namen der Gesellschaft ernannt sein.

II. Die Person des Prokuristen in der offenen Handelsgesellschaft 6

Prokurist einer offenen Handelsgesellschaft kann jeder sein, dem Vollmacht erteilt werden kann. Auch ein von der Vertretung ausgeschlossener Gesellschafter, dagegen nicht einer von mehreren gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern. Einem bereits vollvertretungsberechtigten Gesellschafter kann Prokura nicht erteilt werden.

III. Entstehen und Erlöschen der Prokura 11

Für die offene Handelsgesellschaft können nur Gesellschafter Prokuristen ernennen, dagegen weder Liquidatoren noch der Konkursverwalter. Nach Innen ist Zustimmung aller anderen geschäftsführenden Gesellschafter zu der Ernennung durch einen der geschäftsführenden und vertretungsbefugten Gesellschafter erforderlich, nicht notwendiger Weise Zusammenwirkung (Kollektivakt) aller geschäftsführenden Gesellschafter; nach Außen hat hierzu jeder vertretungsbefugte Gesellschafter die Macht. Der Widerruf nach Innen ist durch jeden geschäftsführenden, nach Außen durch jeden vertretungsbefugten Gesellschafter möglich. Bei einer Beschränkung der Prokura nach Innen greifen die allgemeinen Bestimmungen über Geschäftsführung Platz. Ist

unter den Gesellschaftern Kollektivvertretung angeordnet, so ist bei Erteilung und Widerruf der Prokura Zusammenwirken aller dieser kollektivvertretungsbefugten Gesellschafter erforderlich. Soll eine nach § 125, 3 HGB. angeordnete Gesamtvertretung durch Gesellschafter und Prokuristen aufgehoben werden, so genügt Widerruf, gerichtliche Entscheidung (§ 127 HGB.) ist nicht erforderlich. Die Prokura erlischt außer durch Widerruf, durch Eröffnung des Konkurses und der Liquidation der Gesellschaft.

IV. Die persönliche Kompetenz des Gesellschaftsprokuristen 24

Eine offene Handelsgesellschaft kann gleichzeitig mehrere Prokuristen haben, und zwar entweder mehrere Einzelprokuristen, so daß jeder solidarisch die Prokura ausüben kann, oder eine Summe von Prokuristen, sei es, daß alle diese oder je mehrere von ihnen zusammen den Geschäftsakt vornehmen sollen (Gesamtprokura, worin keine sachliche Beschränkung der Prokura zu erblicken ist). Es kann auch bestimmt sein, daß die offene Handelsgesellschaft durch einen oder mehrere Gesellschafter als gesetzlich vertretungsbefugte und einen Prokuristen vertreten werden soll. Dies ist aber nur zulässig, wenn einerseits auf Seiten der Gesellschafter Gesamtvertretung besteht, andererseits auch der Prokurist nicht selbständig Rechtsakte vornehmen soll.

V. Die sachliche Kompetenz des Gesellschaftsprokuristen 33

Den Umfang der in der Prokura enthaltenen Vollmacht regelt § 49 HGB. Nicht zum Betrieb des Handelsgewerbes der offenen Handelsgesellschaft gehört es, die Einzahlungsverpflichtung geltend zu machen, einen Gesellschafter in die Gesellschaft aufzunehmen oder ihn auszuschließen. Der Umfang der in der Gesamtprokura liegenden Vollmacht ist der gleiche, wie der in der Prokura enthaltenen. Ist Gesamtvertretung durch Gesellschafter und Prokuristen angeordnet, so können nur die Akte vorgenommen werden, die in den Rahmen der Prokura fallen. Unter Umständen kann in dieser kombinierten Gesamtvertretung eine Plusvollmacht des Prokuristen liegen. Auch Gesamtprokuristen können wie Gesamtvertreter und wie nach § 125, 3 HGB. vertretungsberechtigte Gesellschafter und Prokuristen einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder Arten von Geschäften bevollmächtigen.

I.

Wen vertritt der Prokurist in der offenen Handelsgesellschaft?

Die Prokura ist eine besonders geartete Handlungsvollmacht. Sie ist also eine Vollmacht, und zwar zur Vornahme von Geschäften und Rechtshandlungen im Betriebe eines Handelsgewerbes, unterscheidet sich aber von der einfachen Handlungsvollmacht (§§ 54 ff. HGB.) vor allem durch ihre rechtsgeschäftliche Unbeschränkbarkeit. Lehmann-Ring bezeichnen sie daher als die absolute Vollmacht. Die Prokura ist eine Vollmacht, d. h. durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (§ 166, 2 BGB.). Jede in ihren Grenzen vom Vertreter (dem Prokuristen) abgegebene und empfangene Willenserklärung wirkt daher für und gegen den Vertretenen (§ 164 BGB.).

Wer ist nun in der offenen Handelsgesellschaft der Vertretene? Diese Frage fällt zusammen mit der nach der juristischen Natur dieser Gesellschaftsform. Es würde den Rahmen der vorliegenden Abhandlung überschreiten, wollten wir an dieser Stelle auf die einzelnen Ansichten über diese Frage eingehen, die mit zu den bestrittensten in der ganzen Rechtswissenschaft gehört. Doch sei erwähnt, daß alle bisherigen Theorien über die Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft den Begriff der „juristischen Persönlichkeit" verwerten und so teils zu dem Ergebnis kommen, daß in der offenen Handelsgesellschaft eine juristische Person stecke (so Kohler im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 91 S. 204 ff.), teils dazu sie abzulehnen (so Gierke, namentlich im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 19 S. 116 ff.). Was aber eine juristische Person ist, darüber gehen auch heute noch die Ansichten weit auseinander. M. E. erscheint daher

jeder Schluß, mag er nun lauten, die offene Handelsgesellschaft ist eine juristische Person oder nicht, unsicher, solange nicht ein für allemal feststeht, was hierunter zu verstehen ist. Für die folgenden Betrachtungen kommt es nun auch gar nicht so sehr darauf an, ob wir die offene Handelsgesellschaft für eine juristische Person halten oder nicht. Es genügt, daran zu erinnern, daß die offene Handelsgesellschaft eine Vereinigung von Personen ist, der vom Gesetz Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit beigelegt ist (§ 124 HGB.) Sodann ist darauf einzugehen, wie es kommt, daß für die Schulden dieser Vereinigung neben der Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen auch jeder einzelne Gesellschafter solidarisch und illimitiert mit seinem Sondervermögen haftet. Auf diese Frage vermag m. E. die immer mehr in den Vordergrund tretende Lehre von der „Schuld und Haftung" einigen Aufschluß zu geben (cfr. Gierke, Schuld und Haftung).

Schuld i. S. dieser Lehre ist jede selbständige Schuld, also ein für sich bestehendes Rechtsverhältnis, das ein rechtliches Sollen zum Inhalt hat (Gierke, Schuld und Haftung, S. 6). Der Inhalt des Schuldverhältnisses bestimmt sich durch den Begriff des Sollens (Gierke, Schuld und Haftung, S. 7 f.). Wird der Schuld gemäß geleistet, so geschieht, was dem Rechte gemäß geschehen sollte. Der eine hat gewährt, was er gewähren, der andere empfangen, was er empfangen sollte. Damit ist das Schuldverhältnis erloschen; der Schuldner kann das Geleistete nicht zurückverlangen, der Gläubiger die Schuld durch Rückgabe des Geleisteten nicht wieder ins Leben rufen. Wird nicht geleistet, so ist nicht geschehen, was von rechtswegen geschehen sollte, es besteht ein Zustand, der dem Recht nicht entspricht. Eine Macht, die geschuldete Leistung zu erzwingen, gewährt aber das Schuldverhältnis nicht (Gierke, Schuld und Haftung, S. 8). Diese wird erst durch ein sog. Haftungsgeschäft begründet, das die Person und das Vermögen der Zugriffsmacht dessen unterwirft, dem nicht geleistet wird, was geleistet werden soll (Gierke, Schuld und Haftung, S. 11 f.). Die Haftung erscheint demnach als Zustand der Gebundenheit und sichert so die Erreichung des Schuldzweckes. Haftungsgegenstand

kann sein eine Sache, eine Person oder ein Vermögen, und zwar haftet damit entweder der Schuldner oder ein anderer. Der Inhalt des Haftungsverhältnisses ist rechtliche Macht, deren Entfaltung aber durch Nichtleistung des Geschuldeten bedingt ist. Solange die Bedingung schwebt, besteht aber schon eine auf Festhaltung bei der Gebundenheit gerichtete Macht des Berechtigten. Mit Eintritt der Bedingung steigert sich diese Macht zur Zugriffsmacht. Haftungsgrund ist niemals die Schuld als solche, sondern entweder ein allgemeiner rechtlicher Zustand, aus dem von rechtswegen Zugriffsmacht erfolgt, oder ein besonderes Rechtsgeschäft, das auf Einräumung von Zugriffsmacht gerichtet ist. Schuld und Haftung sind also, wie sich aus obigem ergibt, zwei ganz verschiedene Rechtsverhältnisse. Da aber Schuld und Haftung auf einander angewiesen sind (was sich namentlich darin zeigt, daß Haftung ohne Schuld kaum möglich ist, es sei denn, daß für eine bedingte Schuld gehaftet wird), so sind beide frühzeitig als Korrelatbegriffe aufgefaßt. Schuld ohne Haftung ist als unvollkommene Schuld empfunden (Gierke, Schuld und Haftung, S. 99). Schuld und Haftung brauchen aber nicht in einer Person zusammenzufallen. So kommen wir zu dem Begriff einer Schuld ohne eigene Haftung und einer Haftung ohne eigene Schuld. Es ist ferner möglich, daß mehrere schulden und mehrere haften, und zwar entweder anteilig, so daß jeder von mehreren Mitschuldnern einen Teil leisten soll, andrerseits sich der Gläubiger an jeden von mehreren Haftenden nur wegen eines Teiles der Schuld halten kann (Gierke, Schuld und Haftung, S. 109 f.). Oder gesamt, so daß mehrere eine Leistung gemeinsam bewirken sollen. Die Schuld trifft hier die Schuldner insgesamt. Für die Schuld haftet, soweit ein gemeinsames Vermögen vorhanden ist, dieses (Gierke, Schuld und Haftung, S. 112). Daneben kann die einzelnen eine Sonderhaftung treffen. Sie haften ursprünglich ohne zu schulden. Später zeigt sich dann die Tendenz, aus der Haftung für fremde Schuld eigene Schuld zu begründen oder in sich aufzunehmen (Gierke, Schuld und Haftung, S. 106). So ist bei der offenen Handelsgesellschaft die

„Haftung“ der einzelnen Gesellschafter Quelle ihrer Sonder-„schuld“, und zwar hat sie den gleichen Inhalt wie die Gesellschaftsschuld, für die sie haftet. Daß sie aus der Haftung entsprungen ist, zeigt heute noch die Fassung des HGB. in den §§ 105, 1, 128, 130 (Gierke, Schuld und Haftung, S. 106 Anm. 31).

Bei der offenen Handelsgesellschaft wird nun Gesellschaftsschuld und Sonderschuld der Gesellschafter stets begründet, wenn alle Gesellschafter zusammenhandeln. An sich haben auch die Handlungen jedes Gesellschafters dieselbe Wirkung. Ihm kann aber diese angeborene Fähigkeit durch Gesellschaftsvertrag oder spätere Vereinbarung oder schließlich durch Richterspruch (§ 127 HGB.) genommen werden. Da ferner die offene Handelsgesellschaft rechtsfähig ist, so kann für sie auch jede andere Person rechtswirksam handeln. Allein Gesellschaftsschuld und Sonderschuld der Gesellschafter entstehen durch die Rechtshandlungen dieser anderen Person nur, wenn sie von einem vertretungsbefugten Gesellschafter ermächtigt ist. Eine derartige Ermächtigung ist in doppelter Weise möglich: sie kann erteilt werden im Namen der Gesellschaft oder im Namen des ernennenden Gesellschafters. Die erste Art der Ermächtigung können wir passend „Ermächtigung in Ausübung der Vertretungsmacht“, die andere Art dagegen „Ermächtigung zum Zwecke oder anläßlich der Ausübung der Vertretungsmacht“ nennen. Jene ist ein Akt der Vertretung des hierzu berechtigten Gesellschafters, diese eine Angelegenheit, die der vertretungsberechtigte Gesellschafter mit sich abzumachen hat, also ein eigenes Geschäft desselben (Hupka, a. a. O. S. 58). Der Dritte, der bevollmächtigt wird, ist im letzteren Fall Bevollmächtigter des Gesellschafters. Man bezeichnet dann den Dritten, den Bevollmächtigten, als Substituten, den ihn Bevollmächtigenden als Substituenten, die Vollmacht als Substitutionsvollmacht. Die Substitutionsvollmacht ist nun abhängig von der Vertretungsmacht des substituierenden Gesellschafters. Die Aufhebung dieser hat zur Folge, daß auch der Substitut nicht mehr für die Gesellschaft handeln kann.

Für beide Arten der Ermächtigung von Personen, deren Handlungen der Gesellschaft zugute und zu Lasten kommen sollen, ist nun zu merken, daß der so Ermächtigte immer die Gesellschaft als solche rechtsgeschäftlich vertritt, niemals den ihn bevollmächtigenden Gesellschafter. Für die Ermächtigung in Ausübung der Vertretungsmacht leuchtet das ohne weiteres ein. Dies trifft aber auch im Fall der Substitution zu; darin liegt nämlich gerade das Eigentümliche derselben, wie Hupka betont (S. 354). Sie ist nicht auf Abschluß im Namen des Vollmachtgebers, sondern auf Abschluß im Namen eines Dritten (hier also der Gesellschaft als rechtsfähigen Verband) gerichtet, m. a. W. der Substitut ist Stellvertreter des dominus negotii, aber Bevollmächtigter des ihn Bevollmächtigenden.

Auch für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und somit gemäß § 105, 2 HGB. für die offene Handelsgesellschaft ist eine Substitution vorgesehen, wie der Zusammenhang von § 713 und § 664 BGB. ergibt. Allerdings muß entweder der Gesellschaftsvertrag oder spätere Vereinbarung dem vertretenden Gesellschafter die Substitutionsbefugnis ausdrücklich einräumen. Die offene Handelsgesellschaft kann also recht gut durch Personen vertreten werden, die im Namen der Gesellschaft ermächtigt sind, wie durch Personen, die ihre Vertretungsbefugnis von einem vertretungsberechtigten Gesellschafter ableiten. Denkbar ist es auch, daß ein Prokurist in dieser doppelten Weise bestellt wird, um die Gesellschaft zu vertreten. Aber für die offene Handelsgesellschaft des HGB.'s ist zweifellos nur die Bestellung eines Prokuristen im Namen der Gesellschaft ins Auge gefaßt; denn nach § 126 HGB. gehört die Erteilung und der Widerruf der Prokura zweifellos zu den sogenannten Vertretungsakten, da sie sich mitten unter den übrigen Vertretungsakten befinden. Die entgegengesetzte Ansicht würde auch ergeben, daß mit der Entziehung der Vertretungsmacht des Gesellschafters, der den Prokuristen bestellt hat, die Vollmacht des Prokuristen erlöschen müßte, da sie ja, wie wir oben gesehen haben (S. 4), abhängig ist von dem Bestande der Vertretungsmacht des betreffenden Gesell-

schafters. Das ist aber im Gesetz nicht vorgesehen. Der legislative Grund dafür, daß man den Gesellschaftern nicht das Recht eingeräumt hat, sich einen Prokuristen zu substituieren, mag wohl in dem Wesen der Prokura zu suchen sein.

II.

Die Person des Gesellschaftsprokuristen.

Das Handelsgesetzbuch hat keine Schranke in der Auswahl der Personen vorgezeichnet, denen Prokura erteilt werden kann. Da die Prokura, wie wir oben gesehen haben, eine besondere Art der Vollmacht ist, so kann Prokurist grundsätzlich sein, wem Vollmacht erteilt werden kann (so auch Staub). Der Prokurist darf mithin wie jeder andere Bevollmächtigte nicht geschäftsunfähig sein, kann aber in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und also selbständig verpflichtungsunfähig sein (§ 165 BGB.). Wie sich ferner aus der abstrakten Natur der Prokura ergibt, braucht der Prokurist nicht notwendig in einem Dienstverhältnis zu stehen, also nicht Handlungsgehilfe zu sein. Dies wird allerdings tatsächlich meistens der Fall sein; doch kann auch der Ehegattin, einem Freunde usw. Prokura erteilt werden. Dagegen muß der Prokurist vom Prinzipal verschieden sein, ein Erfordernis, das beim stillen Gesellschafter ohne Zweifel vorhanden ist (RG. 31, 39).

Sehr bestritten ist die Frage, ob jemandem, der schon in einem gewissen Verhältnis zu einer offenen Handelsgesellschaft steht, Prokura erteilt werden kann, namentlich, ob ein von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossener Gesellschafter zum Prokuristen für diese bestellt werden kann.

Gegen eine derartige Anordnung wendet Staub (Staub zu § 125 Anm. 4) unter anderem folgendes ein: Es sei schon eine Ausnahme von dem in § 126 HGB. aufgestellten Prinzip der inhaltlichen Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter, daß § 125 HGB., Abs. 2 und 3

die Ermächtigung zu ganzen Arten von Geschäften nebenher gestattet, und es sei nicht angängig, diese an sich schon mit dem Prinzip schwer vereinbare Ausnahme noch weiter auszudehnen. M. E. handelt es sich hier bei unserer Frage gar nicht darum, die Anwendbarkeit der in § 125, 2 und 3 HGB. enthaltenen Bestimmungen auszudehnen. Der Tatbestand, den unsere Frage enthält, ist ja ein ganz anderer wie der in § 125. Dort wird bestimmt, daß die nach § 125, 1 HGB. zur Gesamtvertretung berechtigten Gesellschafter aus sich heraus einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen können. Es wird also, um dem im Handelsverkehr praktischen Bedürfnis nach Einzelvertretung gerecht zu werden, der Vertretungsmacht der Gesellschafter ein Inhalt beigelegt, den sie ohne diese ausdrückliche Bestimmung nicht haben würde; denn an sich würde ein nach § 181 BGB. verbotenes Kontrahieren mit sich selbst vorliegen, da bei der Erteilung der in Rede stehenden Ermächtigung alle Kollektivvertreter mitzuwirken hätten, also auch derjenige, dem die Ermächtigung erteilt wird. Staubs Beweisführungen wären richtig hinsichtlich der Frage, ob die nach § 125 HGB. zur Gesamtvertretung berechtigten Gesellschafter aus sich heraus einzelnen von ihnen Prokura erteilen könnten. Wir wollen dagegen beantworten, ob ein von der Vertretung ausgeschlossener Gesellschafter zum Prokuristen bestellt werden kann (ähnlich Mönch, S. 33).

Für unzulässig erklärt ferner auch Bie (S. 29) die Bestellung eines von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafters zum Prokuristen der Gesellschaft: Es liege hier eine auf andere Art versuchte, teilweise Wiedereinräumung der entzogenen Vertretungsmacht vor, also eine umschriebene Einschränkung alleiniger bzw. kollektiver Vertretungsbefugnis, wie sie den geschäftsführenden (!) Gesellschaftern zusteht, mithin eine Umgehung des Gesetzes, zu deren Begünstigung im Wege der Eintragung sich das Handelsregister unter keinen Umständen hergeben dürfe. Diesen Ausführungen hält Mönch (S. 34) mit Recht entgegen, daß aus § 126, 2 HGB. nicht folge, daß dem offenen

Handelsgesellschafter nur diese auf Gesetz beruhende weite Vertretungsmacht und nicht auch eine Vollmacht zustehen könnte. Es wird unter Umständen sogar zweckmäßig sein, einem Gesellschafter statt der weitgehenden Vertretungsmacht des § 126 HGB., die außerdem nach § 127 HGB. nur durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden kann, eine jederzeit widerrufliche Vertretungsmacht wie die Prokura § 52 HGB. einzuräumen, und es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber dies hat ausschließen wollen.

Was sodann die Gefahr der Täuschung Dritter über die Vertretungsmacht des Gesellschafters anbelangt, die häufig gegen die Erteilung der Prokura an einen von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter geltend gemacht wird, so ist sie ohne Zweifel ebenso groß, wenn der an sich zur Gesamtvertretung berechtigte Gesellschafter auf Grund einer vielleicht sehr weitgehenden Ermächtigung zur Alleinvertretung im geschäftlichen Verkehr auftritt, wie wenn der von der Gesellschaftsvertretung ausgeschlossene Gesellschafter auf Grund einer weitgehenden Vollmacht zur Vornahme bestimmter Arten von Geschäften tätig wird. Sie ist aber zweifellos geringer, wenn der ausgeschlossene Gesellschafter als Prokurist gemäß § 53, 1 HGB. ins Handelsregister eingetragen ist; außerdem wird auch eingetragen, daß dieser Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen ist, cfr. § 125, 4 HGB.

Schließlich hat man gegen die Bestellung eines von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafters zum Prokuristen der Gesellschaft geltend gemacht, daß bei der offenen Handelsgesellschaft jeder Gesellschafter Prinzipal sei und dies auch bleibe, wenn er von der Vertretung ausgeschlossen sei. Er würde mithin als Prokurist sich selbst vertreten (Busch I, 147). Wir haben oben gezeigt, daß der Dominus negotii die Gesellschaft als rechtsfähiger und parteifähiger Verein sei. Sie wird durch den Prokuristen vertreten, nicht die einzelnen Gesellschafter. Mithin ist der Einwand, daß der Gesellschafter als Prokurist sich selbst vertreten würde, hinfällig. (Vgl. hierzu auch die Begründung bei Klein S. 61.)

Da sich haltbare Beweise gegen die Prokuraerteilung an einen von der Vertretung ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafter nicht finden lassen, so ist sie mit der herrschenden Meinung (Düringer-Hachenburg I, 176, Lehm.-Ring I, 132, Gierke Genossenschaftstheorie 586, Makower I, 89) für zulässig zu erklären, da überdies das Gesetz eine derartige Anordnung nicht ausdrücklich ausschließt (Kerb, S. 10 zit. bei Klein S. 60).

In der Literatur wird sogar die Ansicht vertreten, daß einer von mehreren vertretungsberechtigten Gesellschaftern, die bestimmungsgemäß nur gemeinschaftlich handeln können, zum Prokuristen der Gesellschaft bestellt werden könne. Gegen eine derartige Erteilung der Prokura wendet v. Westenholz (S. 24) folgendes ein: Es könne zur Stützung dieser Ansicht § 125, 2 HGB. nicht herangezogen werden, wonach die vertretungsberechtigten Gesellschafter einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder Arten von Geschäften ermächtigt werden können; denn der Umfang der Prokura sei viel weiter und erstrecke sich nicht nur auf bestimmte Geschäfte oder bestimmte Arten von Geschäften, sondern auf alle Geschäfte, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. — Es ist nun ganz richtig, daß § 125, 2 HGB. obige Ansicht nicht rechtfertigen würde, aber nicht — und hierin würde ein logischer Fehler desjenigen liegen, der § 125, 2 HGB. herangezogen haben würde; da dies niemandem eingefallen, so fällt mithin dieser logische Fehler v. Westenholz selbst zur Last — aus dem von v. Westenholz angeführten Grunde, sondern deshalb, weil § 125, 2 HGB. sich auf einen anderen Tatbestand bezieht, nämlich darauf, daß die gesamten vertretungsberechtigten Gesellschafter aus ihrer Mitte heraus selbst einem von ihnen Vollmacht erteilen. Es liegt also derselbe logische Fehler vor, welcher oben (cfr. S. 7 der Abhandlung) bei Staub gerügt wurde.

Durch v. Westenholz ist daher keineswegs die Ansicht als widerlegt anzusehen, die die Prokuraerteilung an einen gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter für zulässig erachtet. Aber da in diesem Falle der Gesellschafter, dem

Prokura (wohlverstanden nicht aus der Mitte der Gesamtvertreter heraus, sondern von anderer Seite) erteilt ist, in den meisten Fällen die Mitwirkung des andern vertretungsberechtigten Gesellschafters nicht bedarf, so würde die Vertretungsmacht des letzteren illusorisch sein. Eine derartige Anordnung würde sich auch, abgesehen von der jederzeitigen Widerruflichkeit der Prokura und dem geringeren Umfang der Vertretungsmacht des Prokuristen gegenüber der eines Gesellschafters, nicht allzusehr von der, von der Doktrin und Praxis mit Recht für unstatthaft angesehenen, sog. halbseitigen Gesamtvertretung unterscheiden, d. h. von dem Fall, daß von mehreren Gesamtvertretern einzelnen Alleinvertretung, den übrigen aber Gesamtvertretung in der Weise zustehe, daß sie nur mit einem der Einzelvertreter handeln dürfen. Wie nun die halbseitige Gesamtvertretung sich nicht dadurch rechtfertigen läßt, daß 1. ein derartiger Gesamtvertreter noch keineswegs einem ausgeschlossenen Gesellschafter gleichstehe, da ihm gegenüber nach § 125, 2/3 HGB. Willenserklärungen rechtswirksam abgegeben werden können, ferner daß 2. im Verkehrsleben sehr wohl Fälle denkbar sind, die eine derartige Vertretungskombination wünschenswert erscheinen lassen (es soll zum Beispiel die Tüchtigkeit eines neu aufgenommenen Mitgliedes erprobt werden) — denn ad 1. ist doch § 125, 2/3 HGB. sicherlich nicht deshalb gegeben, damit man daraus eventuell eine besondere, und zwar so ganz geringe Vertretungsmacht konstruieren soll, sondern lediglich zur Erleichterung des Verkehrs, ad 2. wäre doch, um die Tüchtigkeit eines neu aufgenommenen Mitgliedes zu erproben, die Erteilung einer Prokura an denselben hinreichend und sicherer, da sie jederzeit widerrufen werden kann — da also, sage ich, sich die halbseitige Gesamtvertretung nicht verteidigen läßt, so muß auch die in Frage stehende Bestellung eines gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafters zum Prokuristen der Gesellschaft für unstatthaft erklärt werden.

Ein vertretungsberechtigter Gesellschafter kann schließlich nicht zum Prokuristen der Gesellschaft bestellt werden. Eine derartige Erteilung hätte nach außen gar keine Be-

deutung, weil sie weniger Rechte verleiht, als dieser Gesellschafter ohne sie hat. (v. Górski S. 123.)

III.

Entstehen und Erlöschen der Gesellschaftsprokura.

Die Prokura entsteht durch ausdrückliche Erteilung und endigt regelmäßig durch Widerruf. Dazu treten noch einige andere Erlöschungsgründe.

Die Prokura wird erteilt von den geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschaftern. Nicht sind dagegen die Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft, selbst wenn sie Gesellschafter sind (§ 146 HGB.), in der Lage, Prokuristen rechtswirksam für die Gesellschaft zu bestellen. Ausdrücklich wird diese Fähigkeit den Liquidatoren einer Aktiengesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in §§ 298, 4 und 320, 3 HGB. abgesprochen. Doch kann hieraus allein nicht schon gefolgert werden, daß dasselbe auch für die offene Handelsgesellschaft zu gelten habe, denn die Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft stehen unter Umständen — wenn sie nämlich Gesellschafter sind — noch in einem besonderen Verhältnis zu der Gesellschaft, was aber bei dem Vorstand einer Aktien- und Aktienkommanditgesellschaft nicht der Fall ist. Da niemand einen Vertreter bestellen kann, dessen Vollmachten und Rechte weiter gehen als die eigenen, der Geschäftskreis der Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft aber in vieler Beziehung ein beschränkterer ist als der eines Prokuristen — denn letzterer ist nicht nur zu denjenigen Handlungen ermächtigt, die das betreffende Handelsgewerbe, sondern die überhaupt ein Handelsgewerbe mit sich bringt (§§ 49, 149 HGB.) (Makower I, 89) — so rechtfertigt es sich, den Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft die Fähigkeit, Prokura zu erteilen, abzusprechen. Auch würde die Bestellung eines Prokuristen durch Liquidatoren ein Widerspruch in sich sein, da die Liquidation nur die Beendigung

des Betriebes, die Erteilung einer Prokura dagegen die Bestellung eines Vertreters zum Betriebe des Handelsgewerbes zum Gegenstande hat. (ROHG. 13, 225.)

Wenn nun auch eine von Liquidatoren erteilte Prokura als solche unwirksam ist, so kann sie gleichwohl nach dem Willen der Gesellschafter als Handelsvollmacht mit allen Befugnissen eines Liquidators aufrecht erhalten werden.

Bemerkt sei noch, daß manche (Lehmann-Ring zu § 48 Nr. 5) im Falle der Bestellung eines Prokuristen im Liquidationsverfahren durch sämtliche Gesellschafter eventuell die Rückgängigmachung der Auflösung der Gesellschaft erblicken wollen.

Sowenig nun wie die Liquidatoren können auch die Gesellschafter einer in Konkurs gefallenen offenen Handelsgesellschaft für diese Prokura erteilen: denn der Gesellschaftskonkurs ergreift, im Gegensatz zum Konkurs des Einzelkaufmanns, stets das Vermögen in seiner Gesamtheit, und daher ist mit seiner Eröffnung ipso iure den geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschaftern jede Dispositionsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen entzogen, damit auch das Recht, Vertreter zu ernennen, die für sie über das Vermögen verfügen sollen (v. Westenholz S. 16). Für die Aktiengesellschaft hat dies übrigens eine Reichsgerichtsentscheidung besonders ausgesprochen (RG. 14, 412).

Anders verhält es sich dagegen, wenn der Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters verhängt ist. Dieser braucht (HGB. § 138) weder die Dispositionsbefugnis noch die Kaufmannsqualität der übrigen Gesellschafter zu beeinflussen.

Auch der Konkursverwalter einer offenen Handelsgesellschaft, der etwa das Geschäft fortführt, kann keine Prokuristen bestellen: denn der Konkursverwalter ist nach herrschender Lehre nicht gesetzlicher Vertreter des Kridars der in Konkurs gefallenen Gesellschaft, sondern, wie es in RG. 29, 29 heißt: „ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zweckes des Konkurses, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktion unmittelbar aus dem Gesetz entnimmt“. Prokura

erteilen kann aber nur (§ 48 HGB.) der Inhaber eines Handelsgeschäfts oder sein gesetzlicher Vertreter.

Nachdem wir so festgestellt haben, daß für die offene Handelsgesellschaft nur die Gesellschafter als solche Prokura erteilen können, ist auf die sowohl für die Erteilung wie für den Widerruf der Prokura grundlegende Unterscheidung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht der Gesellschafter hinzuweisen. Diese betrifft das Rechtsverhältnis der Gesellschaft als solcher zu dritten Personen, jene berührt dagegen die Beziehungen der Gesellschafter untereinander. Ferner sind die Vorschriften über die Vertretung der Gesellschaft in §§ 123—130 HGB. zwingend geregelt, der Gesellschaftsvertrag oder spätere Vereinbarung vermögen sie nicht abzuändern. Die Bestimmungen über das innere Verhältnis dagegen finden nach § 109 HGB. nur insoweit Anwendung, als nicht der Gesellschaftsvertrag Abweichendes bestimmt; der Gesellschaftsvertrag geht also den gesetzlichen Bestimmungen vor. Nicht nötig ist es nun hinsichtlich der Erteilung und des Widerrufs der Prokura, daß der Gesellschafter, der nach Innen zur Vornahme eines solchen Aktes ermächtigt ist, auch nach Außen hierzu legitimiert ist. Daß sich hieraus Inkongruenzen ergeben können, ist leicht erklärlich. Es entscheidet nun dem Prokuristen gegenüber die Vertretungsmacht des Gesellschafters, nicht die Geschäftsführungsbefugnis, da der Prokurist als Dritter gilt (Staub zu § 116 Anm. 8). Was für den Registerrichter maßgebend ist, darüber siehe weiter unten (S. 21 ff. der Abhandlung).

Gemäß der obigen Unterscheidung soll auch hier die Erteilung und der Widerruf der Prokura nach Innen und nach Außen getrennt besprochen werden. Indem wir mit dem inneren Rechtsverhältnis beginnen, sei nochmals betont, daß die hierfür maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen erst Platz greifen, wenn der Gesellschaftsvertrag darüber schweigt. Alsdann gilt für die Erteilung der Prokura § 116, 3/1 HGB.:

„Zur Bestellung eines Prokuristen bedarf es der Zu-

stimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter, es sei denn, daß Gefahr im Verzuge ist."

Daraus folgt: will ein geschäftsführender Gesellschafter einen Prokuristen bestellen, so hat er die Einwilligung aller zur Geschäftsführung außer ihm noch befugten Gesellschafter einzuholen und, wenn die Geschäftsführung nicht einem oder mehreren Gesellschaftern besonders übertragen ist, sogar die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter, da dann jeder Gesellschafter zur Führung der Geschäfte berechtigt und verpflichtet ist (§ 114, 2 HGB.) Daß hier eine Ausnahme von dem in § 116, 1 HGB. aufgestellten Grundsatz, nach dem jeder geschäftsführende Gesellschafter selbständig handeln kann, vorliegt, ist ersichtlich. Diese Ausnahme erklärt sich eben daraus, daß die Bestellung eines Prokuristen ein besonders wichtiger Akt ist, sich aber auch nicht über die Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt, so sehr hinaus erstreckt, daß ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter überhaupt nach § 116, 2 HGB. erforderlich wäre.

Wer von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist (§ 114, 2 HGB.), hat kein Recht auf Mitwirkung bei der Bestellung eines Prokuristen.

Diese Bestimmungen über die Erteilung von Prokuren finden nicht nur bei der Besetzung von im Gesellschaftsgeschäft bereits vorhandenen, sondern auch bei der Errichtung neuer Prokuristenstellen Anwendung (Busch 4, 17).

Eine Ausnahme davon, daß für die Erteilung einer Prokura die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter erforderlich ist, macht der Fall der Gefahr im Verzuge. Alsdann kann jeder zur Geschäftsführung Befugte ohne weiteres einen Prokuristen ernennen. Dasselbe gilt auch, wenn Gesamtgeschäftsführung angeordnet ist (§ 115, 2 HGB.) und beim Widerspruch eines Gesellschafters. Gefahr im Verzuge ist nach Staub (zu § 115 Anm. 7) nicht nur gegeben, wenn ein wirklicher Schaden auf dem Spiele steht, sondern auch schon dann, wenn der Verlust eines Gewinnes zu befürchten ist, weil es für einen Kaufmann eine gleich große Gefahr sein kann, Geld nicht zu gewinnen als es zu

verlieren (a. M. Nürnb. Prot. 194, Hergenhahn-Tuchatsch S. 123 und die bei Staub genannten).

Die Erteilung der Prokura bei Gefahr im Verzuge ist natürlich nur eine provisorische Maßregel, die, sobald tunlich, durch Wiederherstellung des früheren Zustandes zu beseitigen ist (OLG. Dresden, in ZHR. 35, 320).

Der Widerruf der Prokura nach Innen steht gemäß § 116, 3/2 HGB. jedem zu, der zur Erteilung oder zur Mitwirkung bei der Erteilung befugt ist. Das Allg. HGB. a. 104 enthielt die Bestimmung, daß auch der zur Mitwirkung bei der Erteilung befugte Gesellschafter die Prokura selbständig widerrufen kann, noch nicht. Manche (Keyssner, zu a. 104 Anm. 2, Hergenhahn-Tuchatsch S 124) hielten daher einen solchen Widerruf für nicht hinreichend, um die Prokura erlöschen zu machen. Nunmehr kann also auch bei angeordneter Kollektivgeschäftsführung jeder einzelne der kollektivberechtigten Gesellschafter die Prokura aufheben. Das gilt ferner auch bei Gefahr im Verzug, und sogar der Widerspruch eines anderen Gesellschafters verpflichtet nicht, den Widerruf zu unterlassen, weil § 116 HGB. Ausnahmen von den Regeln des § 115 HGB. sind (Staub, zu § 116 Anm. 7). (Denkschrift 92.)

Die Vorschriften über den Widerruf der Prokura finden auf die Beschränkung derselben (selbstverständlich nach Innen) keine Anwendung (Bolze 3 Nr. 72, a. M. Riesser, in ZHR. 42, 322). Eine Beschränkung der Prokura (z. B. dem Prokuristen zu untersagen, für die Gesellschaft Wechsel zu akzeptieren, Staub, zu § 116 Anm.), ist nicht ohne weiteres dem Gesellschafter gestattet, der zur Mitwirkung bei der Erteilung der Prokura befugt ist. Vielmehr greifen hier, wie Staub zu § 116 Anm. 9 mit Recht bemerkt, die allgemeinen Bestimmungen der §§ 115 und 116, 1 und 2 HGB. Platz. Dabei muß man unterscheiden: Eine Beschränkung für den einzelnen Fall kann durch jeden, eventuell durch die in § 115, 2 HGB. erwähnten Gesellschafter gemeinschaftlich erfolgen. Alsdann handelt der die Prokura beschränkende Gesellschafter in doppelter Eigenschaft. Einmal übt er ein Widerspruchsrecht nach § 115, 1/2 HGB. aus gegen

die Vornahme einer Handlung des Prokuristen, ein Recht, das jedem Gesellschafter gegen einen andern Gesellschafter und somit ohne Frage gegen den Prokuristen zusteht, der doch keineswegs besser gestellt werden kann, als ein geschäftsführender Gesellschafter. Ferner übt der betreffende Gesellschafter das Handlungsrecht des § 115, 1/1 HGB. dadurch aus, daß er den Prokuristen in seiner Macht für den Einzelfall beschränkt. Bei genereller Beschränkung dagegen (z. B. bei Verwandlung der vollen Prokura in eine Gesamtprokura) kommt es darauf an, ob sich die Beschränkung als gewöhnliche Geschäftsführungshandlung darstellt oder nicht. Im ersteren Fall kann sie jeder geschäftsführende Gesellschafter bzw. bei Kollektivgeschäftsführung alle zusammen vornehmen, letzterenfalls wird ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich sein (Lehmann-Ring zu § 116 Anm., Behrens S. 22).

Gehen wir nunmehr zur Erörterung der gesetzlichen Bestimmungen über, die sich auf die Erteilung, den Widerruf und die Beschränkung, soweit man überhaupt davon sprechen kann, der Prokura nach außen beziehen. Ihre Vornahme sind Akte der gesellschaftlichen Vertretung, liegt also nur den vertretungsberechtigten Gesellschaftern ob. Die gesetzliche Regelung ist wie die der Vertretungsakte überhaupt eine zwingende, der Gesellschaftsvertrag kann keine gültigen Änderungen treffen. Grundlegend für die Erteilung und den Widerruf nach außen ist der § 126 HGB., wonach jeder zur Vertretung berechtigte Gesellschafter Prokuristen ernennen und absetzen kann. Dies hätte nicht besonders im Gesetz hervorgehoben zu werden brauchen, da es sich aus dem der Vertretung zugrunde liegenden Prinzip von selbst ergibt. Das Gesetz macht eben mit Bezug auf die Vertretung der Gesellschaft im Gegensatz zur Geschäftsführung keinen Unterschied, ob es sich um Rechtshandlungen handelt, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt, oder um solche, die darüber hinausgehen. Für das Rechtsverhältnis zu dritten Personen ist diese Unterscheidung völlig gleichgültig und muß es auch im Interesse des Verkehrs sein. Wenn

nun aber das Gesetz die Erteilung und den Widerruf hier besonders erwähnt, so geschieht dies anscheinend nur, um im Gegensatz zu § 116, 3 HGB., der dieselbe Frage für das Verhältnis der Gesellschafter unter einander regelt, das nach außen geltende nochmals besonders zu betonen (Prot. 1006). In diesem Gegensatz liegt auch die Bedeutung dieser Vorschrift; mag nach innen zur Erteilung der Prokura ein Beschluß aller Gesellschafter regelmäßig erforderlich sein, nach außen ist die von jedem vertretungsberechtigten Gesellschafter erteilte Prokura gültig, auch wenn sie die Zustimmung aller Gesellschafter nicht gefunden hat, auch wenn der sie erteilende Gesellschafter keine Befugnis zur Geschäftsführung oder nur Gesamtbefugnis hatte (so Staub, zu § 126 Anm. 10).

Wie verhält es sich nun mit der Erteilung und dem Widerruf der Prokura bei angeordneter Kollektivvertretung? Zweifellos bedarf es dann zur Erteilung der Prokura des Zusammenwirkens der Gesamtvertreter. Nicht genügt es, wie Anschütz und v. Völderndorff (Kom. z. a. 118 Anm. 3) annehmen, wenn die Prokura von einem der Gesamtvertreter erteilt ist; die Erteilung der Prokura nach außen ist ein Akt der Vertretung und bedarf daher bei angeordneter Kollektivvertretung gemeinsamen Handelns der Kollektivvertreter. Doch ist es möglich, daß die Rechtshandlungen eines Prokuristen, der nur durch einen Gesamtvertreter bestellt ist, Wirksamkeit für und gegen die Gesellschaft erlangen, wenn nämlich der Prokurist seine Vollmacht mit Wissen und ohne Widerspruch der übrigen Gesellschafter ausübt. Der Grund dafür liegt jedoch nicht darin, daß die Bestellung eines Prokuristen stillschweigend erfolgen kann (v. Hahn, zu a. 118 Anm. 2), — denn das ist ja nach § 48 HGB. unzulässig — es handelt sich im vorliegenden Fall nicht um eine stillschweigende Erteilung der Prokura, sondern um die stillschweigende Zustimmung zur ausdrücklichen Erklärung eines Gesamtvertreters; es wird m. a. W. die nachträgliche Zustimmung der übrigen Gesamtvertreter präsumiert, da diese nicht in unmittelbarer Gemeinschaft abgegeben zu werden braucht (Schmidt S. 8).

Das Erfordernis des Zusammenwirkens der Kollektivvertreter muß auch für den Widerruf der Prokura aufrecht erhalten werden (Behrend S. 512, Makower I, 241, Staub zu § 126 Anm. 10, Lehm.-Ring § 127 Nr. 7, ZHR. 40, 460). Der Versuch Krävels (in Busch 4, 39), den Widerruf durch einen einzelnen Gesamtvertreter damit begründen zu wollen, daß die Prokura auf den vereinigten Mandaten beruhe, also mit dem Wegfall eines dieser Mandate erlösche, muß als verfehlt angesehen werden. Schmidt macht mit Recht auf die fehlerhafte Konstruktion des Aufhebungswillens aufmerkmerksam: ein Einzelwille, der als solcher einen Rechtsakt nicht zu errichten vermag, kann denselben auch nicht allein ohne besondere Ermächtigung vernichten. Die Prokura wird vielmehr ihrer Rechtsbeständigkeit beraubt entweder durch Errichtung eines Aufhebungswillens oder durch Vernichtung des Erteilungswillens. Ersterer verlangt (soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt, wie im Innenverhältnis) eine dem Erteilungswillen entsprechende Rechtsform. Für letztere aber gelten die Vorschriften über Anfechtung wegen Irrtums usw.

Teils auf falscher Voraussetzung beruhend, teils nicht durchschlagend sind die Begründungen, die Anschütz und v. Völderndorff (Kom. zu a. 118 Anm. 3) geben. Wenn sie behaupten, daß die Spezialbestimmung des Allg. HGB. a. 118, wonach der Widerruf durch einen zur Erteilung befugten Gesellschafter erfolgen kann, schon mit Rücksicht auf die analoge Bestimmung des a. 104, 2 HGB. wörtlich verstanden sein will, so verkennen sie durchaus, daß die Bedeutung des a. 118 lediglich in dem Gegensatz zur Geschäftsführung liegt, was wir für § 126 HGB. bereits oben gesagt haben. Die Entstehungsgeschichte des a. 118 läßt nichts darüber verlauten, daß eine Erweiterung der Befugnisse des kollektivberechtigten Gesellschafters, eine Ausnahme von der Gestaltung der Kollektivvertretung beabsichtigt war (Staub 1895, zu a. 118 § 2). Nicht ausschlaggebend erscheint mir aber die Erwägung, daß in dem Recht zum Widerruf der einzige wirksamste Schutz der einzelnen Gesellschafter gegen die mit der Prokura verbundene Verantwortlichkeit liege.

Resümierend können wir sagen, daß bei Kollektivvertretung das Zusammenwirken der kollektivberechtigten Gesellschafter erforderlich ist.

Wir haben oben von einer Beschränkung der Prokura nach außen gesprochen. Soweit eine solche Beschränkung mit Wirkung gegen Dritte angeordnet werden kann, muß sie selbstverständlich jeder zur Vertretung befugte Gesellschafter vornehmen können. Dabei ist zu unterscheiden die Beschränkung für den einzelnen Fall und generelle Beschränkung. Nur letztere kann mit Wirkung nach außen vorgenommen werden und das auch nur, insoweit es sich um sogenannte subjektive Beschränkung handelt, also wenn z. B. mehrere Einzelprokuren in eine Gesamtprokura umgewandelt werden sollen und dergleichen. Eine objektive Beschränkung wäre unwirksam (§ 50 HGB.). Die sogenannte Filialprokura ist keine Ausnahme von dem Prinzip der Unbeschränkbarkeit der Prokura, wenn auch der Wortlaut des § 50, 3 HGB. dagegen spricht. Vielmehr ist es eine durch den innigen Zusammenhang zwischen Prokura und Firma gerechtfertigte Erscheinung, wenn ein Kaufmann, der mehrere Geschäfte unter verschiedener Firma betreibt, einen Prokuristen nur für das unter einer Firma betriebene Geschäft bestellt (Staub zu § 50 Anm. 3).

Alles oben gesagte gilt selbstverständlich auch, wenn mehrere Prokuristen in Betracht kommen. Zweifelhaft könnte es jedoch sein, wie die einem Gesellschafter und Prokuristen nach § 125, 3 HGB. zustehende Vertretungsmacht entzogen werden muß. Genügt hier der für eine Prokura jederzeit mögliche Widerruf oder ist die für die Entziehung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters erforderliche gerichtliche Entscheidung (§ 127 HGB.) maßgebend? Staub (zu § 127 Anm. 1.) bemerkt hierzu, daß die Vorschrift des § 127 HGB. sich auf jede Art der Vertretungsbefugnis bezieht, sie mag Einzelbefugnis oder Gesamtbefugnis, eigentlicher Art (§ 125, 2 HGB.) oder uneigentlicher Art (§ 125, 3 HGB.) sein. Daß auch die uneigentliche Gesamtvertretung gerichtliche Entscheidung fordert, möchte ich entschieden in Abrede stellen. Denn einmal ist eine Umgehung der gerichtlichen Entscheidung insofern

möglich, als die uneigentliche Gesamtvertretung nach § 125, 3 HGB. schon dann wegfällt, wie auch Staub (Staub zu § 127 Anm. 5 unten) zugeben muß, wenn dem Prokuristen die Prokura entzogen wird, was nach § 52 HGB. jederzeit geschehen kann. Sodann würde, wollte man gerichtliche Entscheidung der Aufhebung fordern, dem Prokuristen eine Macht zugesprochen, die er sonst nicht hat, die unter Umständen zu Mißbrauch seitens des Prokuristen führen könnte, ohne daß man dagegen einen hinreichenden Schutz hätte; mithin bestände eine Gefahr, der gerade § 52 HGB. entgegentreten will. Mag auch der Prokurist bei dieser Gesamtvertretung zu den meisten Rechtshandlungen allein nicht imstande sein und die Mitwirkung eines Gesellschafters brauchen, zugegeben auch, daß der mit dem Prokuristen handelnde Gesellschafter schon nicht gemeinsame Sache machen wird, um die Gesellschaft zu schädigen — die Gefahr bleibt bestehen und muß in Erwägung gezogen werden. Berücksichtigt man schließlich, daß nach § 125, 2/3 cjt. § 125, 2/2 HGB. es genügt, wenn bei einer der Gesellschaft gegenüber abzugebenden Willenserklärung die Abgabe gegenüber dem Prokuristen erfolgt, so wird man zugeben müssen, daß beim Mißbrauch der Vertretungsmacht hierbei § 127 HGB. kein genügendes Schutzmittel bietet. Mithin kann die in § 125, 3 angeordnete Gesamtvertretung durch einfachen Widerruf eines selbständig vertretungsberechtigten Gesellschafters aufgehoben werden.

Die Erteilung, das Erlöschen der Prokura, ferner die Anordnung einer Gesamtprokura, sowie jede Änderung in ihrer Zusammensetzung ist nach § 53 HGB. zur Eintragung in das Handelsregister, das nach § 125 FGG. von den Amtsgerichten geführt wird, anzumelden. Zur Anmeldung sind die gesetzlichen Vertreter der offenen Handelsgesellschaft in derselben Zusammensetzung, wie sie sonst die Gesellschaft vertreten, berechtigt. Ist also im Gesellschaftsvertrage eine Gesamtvertretung gemäß § 125, 2 HGB. angeordnet, so ist die Anmeldung durch alle in Gemeinschaft zur Vertretung ermächtigten Gesellschafter zu bewirken. Haben die zur Gesamtvertretung berechtigten Gesellschafter einzelne von

ihnen zur Bewirkung der Anmeldung ermächtigt, so kann die Anmeldung durch diese erfolgen, sofern sie bei der Anmeldung eine die Ermächtigung nachweisende öffentliche Urkunde vorlegen (§§ 125, 2 und 12, 2 HGB.) (Schulze S. 37.). Ist dagegen eine nach § 125, 3 HGB. zulässige sogenannte kombinierte Vertretung angeordnet worden, so ist diese von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden (cfr. § 125, 4 HGB.); es müssen also in diesem Falle auch die von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter mitwirken. Die Mitwirkung bei der Anmeldung seitens des Prokuristen, dessen Prokura angemeldet wird, ist weder erforderlich noch zulässig. (Staub, zu § 125, Anm. 25.)

Nach herrschender Lehre (Behrend, § 69, Anm. 20, Lehmann-Ring zu § 116, Abs. 3, Staub zu § 116, Anm. 6.) kann der Registerrichter die Eintragung einer Prokura nicht deshalb ablehnen, weil die nach § 116, 3 HGB. erforderliche Zustimmung der geschäftsführenden, aber nicht vertretungsbefugten Gesellschafter fehlt. Es wird eben angenommen, daß der Registerrichter als Dritter im Sinne des Gesetzes nicht berechtigt ist, den Nachweis der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter zu verlangen, da eine nach außen gültige Handlung vorliegt, was allein dem Registerrichter gegenüber entscheidend ist. (Anderer Ansicht Schulz, [S. 11 und 12] der eine Entscheidung des Kammergerichtes [Entscheidung in Angel. d. freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, Bd. 2, S. 74.], nach der der Registerrichter sowohl berechtigt wie verpflichtet sei, den Nachweis der Zustimmung des Aufsichtsrates zu verlangen, auch für die offene Handelsgesellschaft für zutreffend hält.)

Hat ein geschäftsführender Gesellschafter, der der Erteilung der Prokura widersprach, eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts erwirkt, durch die die Erteilung der Prokura für zu unrecht erfolgt und die Vornahme ihrer Eintragung für unzulässig erklärt ist, so darf der Registerrichter die Prokura gegen den Widerspruch dieses Gesellschafters nicht eintragen, § 16, 2 HGB. (Lehmann-Ring zu § 116 Abs. 3.) Im übrigen, also

wenn ein geschäftsführender Gesellschafter seine Zustimmung zur Bestellung eines Prokuristen nicht gegeben hat und eine Entscheidung des Prozeßgerichts wie oben nicht vorliegt, ist eine Eintragung der Prokura voll gültig, mag die Zustimmung zu recht oder zu unrecht unterblieben sein. Verweigert ferner einer von mehreren bei der Vornahme der Anmeldung Beteiligten (also bei Gesamtvertretung einer dieser vertretungsberechtigten Gesellschafter, bei kombinierter Vertretung nach § 125, 3 u. 4 HGB. einer der sämtlichen Gesellschafter überhaupt) ohne Grund seine erforderliche Mitwirkung, so genügt die Anmeldung der übrigen Beteiligten zur Eintragung der Prokura, wenn durch rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Anmeldung gegen diesen Gesellschafter festgestellt ist (§ 16, 1 HGB.).

Im übrigen macht sich natürlich jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter, der ohne die nach § 116, 3 HGB. erforderliche Zustimmung der anderen Gesellschafter Prokura erteilt, diesen gegenüber schadenersatzpflichtig. Das gleiche gilt von einem Gesellschafter, der seine Zustimmung grundlos versagt oder seine Mitwirkung bei der Erteilung und Eintragung einer Prokura vertragswidrig verweigert oder schließlich eine Prokura ohne Grund widerruft. Statt des Schadenersatzes kann gegebenen Falls auf Auflösung der Gesellschaft geklagt werden (Bauer 6, S. 86, zit. bei Schmidt S. 11.) (§ 133 HGB.), oder anstatt der Auflösung die Ausschließung des Gesellschafters aus der Gesellschaft vom Gericht ausgesprochen, wenn dies die übrigen Gesellschafter beantragen (§ 140 HGB.). Einem geschäftsführenden Gesellschafter kann aber auch die Geschäftsführung, einem vertretungsberechtigten die Vertretungsmacht durch gerichtliche Entscheidung in diesen Fällen entzogen werden (§§ 117, 127 HGB.).

Wir haben zu Anfang dieses Abschnittes hervorgehoben, daß es neben der regelmäßigen Beendigung der Prokura durch Widerruf noch andere Erlöschungsgründe gibt. Auf diese sei im folgenden noch kurz eingegangen.

Die Prokura erlischt durch den Eintritt der Liquidation

der Gesellschaft. (So auch Staub, zu § 52 Anm. 13 und zu § 131 Anm. 1, Lehmann-Ring zu § 48 Nr. 5, a. M. Makower I, 89.) Eine Liquidationsgesellschaft kann, wie eine Reichsgerichtsentscheidung (RG. abgedruckt im „Recht" Bd. 14, Nr. 178) lautet, nicht nur keine Prokuristen mehr bestellen, sondern auch keine mehr haben. Der Grund dafür liegt nicht darin, daß die Liquidation die Kaufmannsqualität der Gesellschaft und der Gesellschafter zerstöre und den Gewerbebetrieb der Gesellschaft aufhören mache (wie das ROHG. 23, 144), denn auch während der Liquidation dauert der Gewerbebetrieb der Gesellschaft fort. Man kann nicht sagen, die Liquidation habe wie ein Aufhören der produktiven Seite, so auch die Beendigung der Organisation der Gesellschaft bezüglich der Geschäftsführung und Vertretung zur Folge (wie Staub zu § 145 Anm. 4, Lehmann-Ring S. 287, Jäger, Konkursordnung, RG. 16 S. 3, Cosack S. 519 [1901]); allerdings wird durch die Liquidation eine Änderung in der Organisation insofern bewirkt, als die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter erlischt, überhaupt der Unterschied zwischen vertretungsberechtigten, geschäftsführenden und den von Vertretung und Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern entfällt, dafür die Vertretung für die Dauer der Liquidation durch die Liquidatoren erfolgt.

Da aber die Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Prokurist vorzunehmen berechtigt ist, weiter gehen wie die der Liquidatoren nach § 149 HGB., da man ferner nicht annehmen kann, daß der Prokurist weitergehende Befugnisse wie die Liquidatoren haben soll, zumal wenn die Gesellschafter selbst Liquidatoren sind, so muß man mit dem Eintritt der Liquidation die Prokura als erloschen ansehen, ohne daß ein Widerruf erfolgt ist. Die Prokura als solche erlischt also durch die Liquidation. Ob man sie als gewöhnliche Vollmacht zur Vornahme der zur Abwicklung erforderlichen Geschäfte aufrecht erhalten kann, ist Tatfrage.

Die Prokura erlischt ferner durch den Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. Das Fortbestehen wäre hinsichtlich des § 7 KO. begriffswidrig (Staub zu § 52, Anm. 12);

denn die Rechtshandlungen des Vertreters können keine größeren Wirkungen haben wie die des Vertretenen, also hier sämtlicher Gesellschafter. (ROHG. 24, 193.)

IV.

Die persönliche Kompetenz des Gesellschaftsprokuristen.

Dieser und der letzte Abschnitt unserer Abhandlung wird sich mit der Frage nach der Kompetenz des Gesellschaftsprokuristen beschäftigen, und zwar soll im IV. Abschnitt die persönliche, im V. Abschnitt die sachliche Kompetenz zur Sprache kommen. Dabei verstehen wir unter persönlicher Kompetenz die Gesamtheit der Fragen, die sich auf die subjektive Seite der Befugnisse des Prokuristen beziehen, also die Fragen nach Einzelvertretung, Gesamtvertretung und der sogenannten kombinierten Vertretung nach § 125, 3 HGB. Die sachliche Kompetenz dagegen hat es mit dem Umfange der in der Prokura in ihren Erscheinungsformen enthaltenen Befugnisse (objektive Seite) zu tun. Zu bemerken ist außerdem, daß die persönliche Kompetenz innerhalb gewisser Schranken frei durch Gesellschaftsvertrag oder spätere Vereinbarung geregelt werden kann; denn § 48, 2 HGB. sagt ausdrücklich „die Erteilung der Prokura kann an mehrere Personen gemeinschaftlich erfolgen", und in § 125, 3 HGB. heißt es „im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt werden". Die sachliche Kompetenz dagegen ist der freien Regelung durch den Gesellschaftsvertrag entzogen.

Es ist nun selbstverständlich, daß die offene Handelsgesellschaft an eine bestimmte Zahl von Prokuristen nicht gebunden ist. Sie kann einen, sie kann auch mehrere Prokuristen für ihr Geschäft anstellen. Die Erteilung der Prokura an mehrere ist in doppelter Weise möglich: Einmal können mehrere Prokuristen mit der Bestimmung ernannt werden, daß jeder selbständig rechtsverbindliche Akte vornehmen soll. Und das ist im Zweifel dann anzunehmen,

wenn mehreren gleichzeitig Prokura erteilt ist. Es können Prokuristen ferner so angestellt werden, daß sie die Gesellschaft nur gemeinschaftlich vertreten sollen. Alsdann spricht man von Gesamtprokura. Diese kann ihrerseits wiederum in den verschiedensten Modifikationen auftreten, z. B. so, daß von drei Prokuristen je zwei zusammenhandeln müssen usw. Da die Gesamtprokura einen Schutz gegen Vertrauensmißbrauch insofern bietet, als der eine Prokurist immer die Tätigkeit des anderen kontrolliert, ist sie im kaufmännischen Leben sehr häufig. Es wird nun bisweilen behauptet (Gareis-Fuchsberger, S. 143 Note 22), daß die Gesamtprokura eine Ausnahme von dem in § 50 HGB. ausgesprochenen Prinzip der Unbeschränkbarkeit der Prokura enthalte. Dem ist aber nicht so. Die Gesamtprokura ist vielmehr eine, und zwar eine volle Prokura, nur getragen von einer Mehrheit von Personen, der die gleiche Macht zukommt, wie einem Einzelprokuristen (Staub, zu § 48 Anm. 9). Dies ergibt der Zusammenhang der §§ 48 bis 50 HGB. ganz klar. Sieht man mit Bie in der Gesamtprokura eine subjektive Beschränkung der Prokura, so ist gegen den Ausdruck nichts einzuwenden; er sagt eben nur, daß die Träger der Prokura beschränkt sind, nicht aber der Inhalt der in der Prokura enthaltenen Vollmacht.

Eine besondere Art der Gesamtvertretung der offenen Handelsgesellschaft ist die in § 125, 3 HGB. angeordnete Vertretung durch einen Gesellschafter gemeinsam mit einem Prokuristen. Durch ihre ausdrückliche Regelung im Gesetz ist ein alter Streit über ihre Zulässigkeit entschieden und damit dieser von den handelsrechtlichen Gesellschaften so oft angeordneten Vertretungsart die rechtliche Sanktion erteilt worden (v. Voß, S. 19).

Es soll hier nicht weiter auf die Entstehungsgeschichte des § 125, 3 HGB. eingegangen werden (darüber vergl. die Ausführungen bei Voß, S. 11 ff. und Klein, S. 66 ff.). Doch sei bemerkt, daß man eine derartige Vertretung durch Gesellschafter und Prokuristen vom Standpunkte des Prokuristen aus deshalb ausschließen wollte, weil der Prokurist Vertreter der Gesellschaft, mithin jedes Gesellschafters sei,

mithin in diesem Falle nicht für, sondern neben seinem Prinzipal handeln würde. Hierzu bemerkt v. Voß (S. 76) in Anlehnung an die Protokolle S. 179 und an Bie, daß der Prokurist, soweit er neben seinem Prinzipale handle, nur als Vertreter der übrigen Gesellschafter in Betracht komme, da der mithandelnde Prinzipal als Glied des Ganzen in dem betreffenden Fall auch als Vertreter der übrigen aufträte. Nach unserer Ansicht verhält sich die Sache etwas anders. Der Prokurist ist auch hier der Vertreter lediglich der Gesamtheit aller Gesellschafter, wie oben dargelegt ist. Wenn er daneben als Ersatzmann eines zur Gesamtvertretung berechtigten Gesellschafters auftritt, so ist dies juristisch ohne Bedeutung; zu dem, den er ersetzen soll, steht er in gar keinem rechtlichen Verhältnis. Eine Vertragsbestimmung, nach der ein Prokurist mit einem Gesellschafter die Gesellschaft vertreten soll, sagt doch weiter nichts, als daß in diesem Falle, wenn beide erkenntlich für die Gesellschaft ein Rechtsgeschäft vornehmen, aus diesem Rechtsgeschäft die Gesellschaft und die Gesellschafter genau so haften sollen, wie wenn es von zwei vertretungsberechtigten Gesellschaftern oder zwei Prokuristen vorgenommen wäre.

Wenn nun auch durch § 125, 3 HGB. der alte Streit über die Zulässigkeit der sogenannten kombinierten Gesamtvertretung begraben ist, so besteht doch keine Einigkeit hinsichtlich des „Wie“ der Vertretung. Es ist m. a. W. zweifelhaft, ob eine Gesamtvertretung durch Gesellschafter und Prokuristen nur dann zulässig ist, wenn auf der Seite der Gesellschafter Gesamtvertretung vorliegt oder auch schon dann, wenn diese Voraussetzung fehlt. Der Wortlaut in § 125, 3 HGB. „die Gesellschafter, wenn nicht mehrere zusammenhandeln“ läßt beide Ansichten zu; denn nach allgemeinem Sprachgebrauch umfassen die Worte „die Gesellschafter“ auch jeden einzelnen, also auch den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter (Makower 1, 237). Andererseits können die Worte „wenn nicht mehrere zusammenhandeln“ heißen: wenn keine Gesamtvertretung angeordnet, oder wenn zwar Gesamtvertretung angeordnet ist, die Gesamtvertreter aber nicht zusammenhandeln. Die erste

Auslegung in Verbindung mit den Worten „die Gesellschafter“ würde ergeben, daß bei jeder Vertretungsform der offenen Handelsgesellschaft die Gesamtvertretung durch einen Gesellschafter und Prokuristen zulässig ist. Die letztere Auslegung in Verbindung mit den Worten „die Gesellschafter“ würde dagegen eine derartige Gesamtvertretung nur zulassen, wenn auf Seiten der Gesellschafter Gesamtvertretung angeordnet ist (so Klein, S. 70).

Auch aus der Begründung der Bestimmung, wie sie die Denkschrift S. 91 gibt, lassen sich, wie v. Voß meint, beide Ansichten rechtfertigen. Es heißt dort: Bestritten ist nach dem geltenden Recht, ob die Vertretung der Gesellschaft auch in der Weise geordnet werden kann, daß die einzelnen Gesellschafter nur zusammen mit einem Prokuristen zur Vertretung ermächtigt sein sollen. Nach einer Bemerkung über die Unentbehrlichkeit der Kombination in der Praxis und die Streitfrage darüber in der Wissenschaft wird die Bestimmung des Entwurfes, die diese Vertretungsform in § 113, 2 EHGB. sanktioniert, für begründet erachtet. Da in der Denkschrift eine parallel laufende Gesamtvertretung bei dieser Ausführung nicht erwähnt wird, vielmehr lediglich die Unentbehrlichkeit eines Vertretungsorgans, das in der Einzelvertretung eines Gesellschafters zusammen mit einem Prokuristen besteht, für die Praxis hervorgehoben wird, so ließe sich daraus folgern, daß die statutarische Bestimmung, wonach der einzelne Gesellschafter nur zusammen mit einem Prokuristen vertretungsberechtigt sein solle, gesetzlich gebilligt sei. Oder aber die Denkschrift verweist, ohne überhaupt auf die Frage näher einzugehen, inwieweit die Kombination zulässig sei oder nicht, nur betonend, daß sie einem praktischen Erfordernis stattgäbe, auf den Wortlaut des Entwurfes. Unter diesen Voraussetzungen bestimmt der § 113, 3 EHGB. nur etwas für den Fall, soweit „nicht mehrere zusammenhandeln“, also Gesamtvertretung besteht, denn sonst läge kein augenscheinlicher Grund dafür vor, diesen Zwischensatz hinzuzufügen (so v. Voß, S. 22).

Es ist nun der Versuch gemacht worden (Klein, S. 71), durch Heranziehung des § 232, 2 HGB., der für die Aktien-

gesellschaft eine analoge, aber unzweideutigere Bestimmung als § 125, 3 HGB. enthält, die Ansicht zu begründen, daß auf Seite der Gesellschafter unbedingt Gesamtvertretung vorliegen müsse, wenn ein vertretungsberechtigter Gesellschafter und ein Prokurist zusammen die Gesellschaft vertreten sollen. Mag dies aus § 232, 2 HGB. für die Aktiengesellschaft unzweideutig hervorgehen — darauf soll hier nicht weiter eingegangen werden — immerhin ist die Denkschrift, die hervorhebt, daß in § 232, 2 HGB. die analoge Bestimmung getroffen werden sollte wie in § 125, 3 HGB., nur mit Vorsicht für unsere Frage heranzuziehen. Liegt nicht die Vermutung nahe, daß die Denkschrift nur über die analoge Bestimmung für beide Arten von Gesellschaften schlechthin etwas sagen wollte, nicht aber auch darüber, ob analog in § 125, 3 HGB. Gesamtvertretung unter den Gesellschaftern vorliege? Und wird diese Vermutung nicht unterstützt durch die Erwägung, daß die Tatbestände in §§ 125 und 232 HGB. insoweit recht auseinanderfallen, als bei der offenen Handelsgesellschaft im Zweifelsfall jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter allein, bei der Aktiengesellschaft hingegen nur die Vorstände gemeinsam handeln können? Meiner Meinung nach ist § 232, 2 HGB. nicht recht geeignet, zur Begründung unserer Streitfrage herangezogen zu werden.

Aus diesem Grunde möchte ich mich auch den weiter von Klein S. 72 ff. gegebenen Begründungen für die Voraussetzungen der kombinierten Vertretung zwischen Gesellschafter und Prokuristen nicht anschließen; Klein greift stets auf die nach der Denkschrift zulässige Analogie zurück (vgl. dazu Klein S. 74, 75).

Auch ich halte die von Klein beispielsweise angeführte Anordnung für unzulässig, daß der einzige vertretungsberechtigte Gesellschafter nur gemeinsam mit einem Prokuristen die Gesellschaft vertreten soll. Die in neuester Zeit von Mercier (DJZ. 15 S. 528) gegebenen Begründungen sind m. E. nicht durchschlagend. Mercier führt nämlich aus, daß nach herrschender Lehre alle Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sein können, daß nach § 146,

1 HGB im Liquidationsstadium die Vertretung der Gesellschaft durchaus anderen Personen als den Gesellschaftern übertragen werden könne, daß schließlich nach dem Inhalt der Bestimmungen des Tit. 3 Buch II. HGB. nur in den einzeln hervorgehobenen Fällen Vereinbarungen der Gesellschafter Dritten gegenüber unwirksam sind (§§ 123, 3, 126, 2, 128, 1, 130, 2 HGB.). Daraus ergibt sich nach Mercier, daß als Prinzip des Gesetzes der Grundsatz der Vertragsfreiheit der Gesellschafter in der Regelung der Vertretung anerkannt ist. Mithin müsse auch obige Anordnung zulässig sein.

Die Richtigkeit der obigen Beweisführung vorausgesetzt, ergibt dennoch nicht, daß das Prinzip derVertragsfreiheit in der Regelung der gesellschaftlichen Vertretung überall da gelten muß, wo nicht das Gesetz es nur ausdrücklich ausschließt; es muß vielmehr auch da als unterbrochen gelten, wo es mit gesetzlichen Bestimmungen indirekt in Konflikt kommt. Das trifft nun für unseren Fall zu. Wir haben oben (cfr. S. 20 der Abhandlung) bei der Behandlung über die Entstehung und Beendigung der Prokura uns dahin entschieden, daß die nach § 125, 3 HGB. angeordnete Gesamtvertretung zwischen Gesellschaft und Prokuristen durch einfachen Widerruf erlischt, und gerichtliche Entscheidung für nicht erforderlich gehalten. Zum mindesten aber wird diese kombinierte Gesamtvertretung dadurch unwirksam, daß die Prokura widerrufen wird, wie auch Staub a. a. O. zugeben muß. Wenn nun die kombinierte Gesamtvertretung widerrufen würde oder doch durch Widerruf der Prokura hinfällig würde, so müßte damit jedwede Vertretungsmacht des Gesellschafters als entzogen anzusehen sein, es würde damit in ein festes Recht des vertretungsberechtigten Gesellschafters eingegriffen, daß nämlich seine Vertretungsmacht nur durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden kann (§ 127 HGB.). Diese Rechtsverletzung fällt aber weg, wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter außerdem noch Gesamtvertretung mit anderen Gesellschaftern hat; denn diese bleibt dann bestehen, fort fällt nur die besondere in § 125, 3 HGB. liegende Ermächtigung, die

Gesellschaft auch mit einem Prokuristen vertreten zu können.

Man kann hiergegen auch nicht einwenden, daß in unserm Fall mit dem Widerruf der Prokura sofort Einzelvertretungsmacht des einzigen gesellschaftlichen Vertreters anzunehmen sei. Staub selbst behauptet, daß für den Fall der Gesamtvertretung unter zwei Gesellschaftern (§ 125, 1 HGB.) mit der Entziehung der Vertretungsmacht des einen Gesellschafters auch das Recht der Vertretung der Gesellschaft für den anderen Gesamtvertreter wegfalle. Es muß eben daran festgehalten werden, daß dadurch, daß einem Gesamtvertreter die Vertretungsmacht entzogen wird, die der anderen keine Verstärkung erfährt. (Ebenso Makower I, 243, Lehmann-Ring zu § 127 Nr. 2 u. 5.) Staub bemerkt hierzu, daß dieses Ergebnis wenig befriedige, da, wenn bei zwei Gesellschaftern Gesamtvertretung angeordnet ist, die Entziehung der Vertretungsmacht des einen dahin führen könnte, daß die Gesellschaft keinen Vertreter hat; dennoch kann man deswegen nicht mit Goldmann (Anm. 10 zu § 127) und dem OLG. Dresden (bei Bauer 11, 118) annehmen, daß bei der Entziehung der Gesamtvertretung des einen der andere Gesellschafter allein vertretungsberechtigt sein solle. Das widerspreche dem Gesetz, das nur von der Entziehung spricht, nicht aber die Deutung zuläßt, daß der Ausschluß des einen die Stärkung des Rechts des anderen zur Folge haben solle. Es widerspreche auch dem mutmaßlichen Willen der Gesellschafter, die, wenn sie bestimmt haben, daß A und B gemeinschaftlich vertreten sollen, keinem das Vertrauen, das zur Alleinvertretung nötig, geschenkt haben. Es würde ihr Wille in das Gegenteil verkehrt werden, wenn durch die Entziehung der Vertretungsbefugnis des A nunmehr B die vertragsmäßig nicht gewollte Alleinvertretung haben sollte. (Staub zu § 127 Anm. 5.) Ganz sicher würde auch niemand eine Verstärkung des Vertretungsrechts eines Gesellschafters annehmen, wenn eine Gesamtvertretung unter den Gesellschaftern derart angeordnet würde, daß von drei Gesellschaftern A, B, C, je zwei zusammenhandeln sollen, und danach dem C die Vertretungsbefugnis entzogen würde.

In einem Fall aber eine Verstärkung annehmen, im anderen Fall nicht, wäre rein willkürlich.

Dieselben Grundsätze, wie die obigen, haben selbstverständlich auch bei der uneigentlichen Gesamtvertretung zu gelten. Der Wille der eine derartige Vertretung anordnenden Gesellschafter ist auch hier kein anderer. Wenn aber durch einfachen Widerruf das dem vertretungsberechtigten Gesellschafter zustehende Recht entzogen werden kann, so muß die Anordnung für unzulässig erachtet werden, die den einzigen vertretungsberechtigten stets an die Mitwirkung eines Prokuristen kettet. Daher muß auch jede andere vertragsmäßige Anordnung unwirksam sein, die eine derartige Beschränkung in der Person eines vertretungsberechtigten Gesellschafters statuieren würde. Als solche Anordnungen haben nun, von dem soeben besprochenen Fall der gemeinsamen Vertretung eines Prokuristen mit dem alleinigen Gesellschaftsvertreter abgesehen, zu gelten:

1. Die Anordnung, daß jeder einzeln und selbständig vertretungsberechtigte von mehreren Gesellschaftern nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen die Gesellschaft vertreten soll.

2. Die Anordnung, daß von allen oder mehreren vertretungsberechtigten Gesellschaftern einzelne Alleinvertretung haben, die andern aber nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung befugt sein sollen.

Dagegen halte ich im Gegensatz zu Klein (S. 77) eine Anordnung für denkbar, die bestimmt, daß alle oder mehrere Gesellschafter die Gesellschaft gemeinsam, einer oder einzelne von ihnen außerdem in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten sollen. Wie man hier von einer unzulässigen Beschränkung desjenigen Gesellschafters reden kann, der außer mit seinesgleichen noch mit Prokuristen die Gesellschaft vertreten kann, weil er niemals in die Lage kommen kann, die ihm zustehende Vertretungsmacht allein auszuüben, scheint mir ganz unerfindlich. Auch die übrigen Gesellschafter können ja niemals rechtswirksam für die Gesellschaft selbständig auftreten. Der Gesellschafter, der außerdem

noch mit Prokuristen auftreten kann, hat vielmehr ein bedeutendes Plus vor den übrigen voraus, die das nicht können.

Meines Erachtens ist also bei der Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine kombinierte Gesamtvertretung nach § 125, 3 HGB. angeordnet werden kann, stets davon auszugehen, ob durch eine derartige Anordnung das in § 127 HGB. ausgesprochene Recht des vertretenden Gesellschafters auf Entziehung der Vertretungsmacht nur durch gerichtliche Entscheidung dadurch umgangen werden kann, daß dem Prokuristen die Prokura, was jederzeit möglich ist, entzogen wird durch einfachen Widerruf. Das ist aber immer der Fall, wenn nicht auch auf Seiten der Gesellschafter Gesamtvertretung besteht. (Übereinstimmend im Resultat jetzt auch Staub, [zu § 125, Anm. 15] der die Ansicht der 6.—7. Aufl. [zu § 125, Anm. 12], daß auch, wenn nur ein Gesellschafter Vertretungsmacht hat, dieser durch einen Prokuristen zu beschränken ist, aufgegeben hat.)

Von Makower (zu § 125, Anm. c) ist der Vorschlag gemacht worden, sich den Zwischensatz „wenn nicht mehrere zusammenhandeln“ als überflüssig wegzudenken. Dies wäre eine sehr einfache Lösung. Sie ist aber abzulehnen, da nicht angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber diesen Zwischensatz ohne Grund in § 125, 3 HGB. eingefügt hat, zumal er sich in § 232, 2 HGB. wiederfindet. Ohne diesen Zwischensatz gelesen ergibt allerdings § 125, 3 HGB., das auch von Makower verteidigte gegnerische Ergebnis. (v. Voß S. 25, Klein S. 80.)

Im übrigen ist zu der Frage noch die Literatur bei Klein zu vergleichen. (S. 74 [2].)

Nachdem wir somit dargelegt haben, welche Erfordernisse auf der Seite des an der kombinierten Vertretungsform beteiligten Gesellschafters erfüllt sein müssen, damit § 125, 3 HGB. Anwendung finden kann, erübrigt es sich, noch auf die Voraussetzungen einzugehen, die auf der Seite des Prokuristen unbedingt erforderlich sind. Als einziges und zugleich äußerst wichtiges Erfordnis ist nun zu merken, daß der Prokurist, der zusammen mit dem Gesellschafter

die Gesellschaft vertritt, gleichzeitig von der Einzelprokura ausgeschlossen sein muß (v. Voß S. 76, Fleischhauer S. 47); denn sonst würde die Anordnung der Gesamtvertretung illusorisch gemacht, da der Prokurist fast immer auf Grund der Einzelprokura allein handeln konnte. Die Mitwirkung des Gesellschaftsvertreters wäre mithin überflüssig. Will man in dem Ausschluß von der Einzelvertretung eine subjektive Beschränkung (NB. Eine eigentliche Beschränkung der Prokura enthält die Bindung des Prokuristen an die Mitwirkung des Gesellschafters nicht. RG. 40, 17.) der Prokura erblicken, so ist dagegen nichts einzuwenden; sie entspricht eben vollkommen der Gesamtprokura nach § 48, 2 HGB. Wie dort der eine Gesamtprokurist nichts ohne den anderen rechtswirksam vornehmen kann, so auch hier der Prokurist nichts ohne den vertretungsberechtigten Gesellschafter. Ist ferner der Prokurist nicht der einzige der offenen Handelsgesellschaft, so tritt sogar noch eine subjektive Erweiterung seiner Vollmacht ein, indem ihm die Möglichkeit gewährt ist, außer mit seinem Kollegen als Gesamtprokurist auch noch mit einem seiner Prinzipale gemeinschaftlich handeln zu können. (v. Voß S. 76.)

V.

Die sachliche Kompetenz des Gesellschaftsprokuristen.

Wir haben zu Anfang unserer Abhandlung die Prokura als absolute Vollmacht bezeichnet, um damit hervorzuheben, daß ihr im Gesetz festgelegter Inhalt nicht verändert werden kann, sondern immer ein und derselbe bleibt. Aus diesem absoluten Charakter der Prokura ergibt sich, daß ihr Umfang auch derselbe sein muß, wenn ein Einzelkaufmann wie wenn eine offene Handelsgesellschaft Prokuristen bestellt. Es kann mithin keine besonderen Vorschriften für den Inhalt der Prokura im Recht der offenen Handelsgesellschaft geben. Vielmehr müssen dafür die allgemeinen Bestimmungen des § 49 HGB. maßgebend sein. Diese lauten aber wie folgt:

„Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.

Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis besonders erteilt ist.“

Es kann hier nun natürlich nicht darauf ankommen, möglichst viele „Geschäfte und Rechtshandlungen“, zu denen die Prokura ermächtigt, zur Besprechung heranzuziehen. Vielmehr muß es genügen, die Besonderheiten hervorzuheben, die sich gerade für die Prokura der offenen Handelsgesellschaft ergeben. Das sind aber folgende:

Kann der Prokurist einer offenen Handelsgesellschaft diese den Gesellschaftern gegenüber wegen der Einzahlungsverpflichtung vertreten? Nach Klein (S. 25) ist der Prokurist hierzu nicht befugt, weil die Gesellschafter Inhaber der Firma sind und daher die Person des Vertretenen und Dritten zusammenfallen würden; es wäre kein Dritter da. M. E. handelt es sich gar nicht um die Wahrnehmung eines Rechts, das der Gesellschaft als einem rechtsfähigen Personenverband gegen die einzelnen Gesellschafter zusteht. Es handelt sich vielmehr um ein Recht auf Erfüllung von übernommenen Vertragspflichten, das von den vertragschließenden Parteien als solchen geltend zu machen ist.

Ebensowenig ist der Prokurist einer offenen Handelsgesellschaft ermächtigt zur Aufnahme und zum Ausschluß eines Gesellschafters,aber nicht, „weil der Prokurist sonst über die Person seines Geschäftsinhabers verfügen könnte, und sich dies mit der Stellung als Vertreter desselben nicht vertrüge“, auch nicht, „weil der Prokurist sonst die Firma, deren Vertreter er ist, umgestalten würde“, sondern darin liegt der Grund, daß der Prokurist nach § 49 HGB. nur solche Geschäfte und Rechtshandlungen vornehmen kann, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Die Aufnahme und Ausschließung eines Gesellschafters gehört aber zweifellos nicht zum Betriebe des Gewerbes einer offenen Handelsgesellschaft.

Den gleichen Umfang wie die Prokura eines Einzelnen hat auch die Gesamtprokura. Welches ist aber der Umfang der Vertretungsmacht, wenn ein Gesellschafter und Prokurist gemeinsam handeln? In der Literatur ist die Ansicht stark vertreten, daß in solchem Fall die Vertretungsmacht des Gesellschafters maßgebend sei (so vor allen Staub zu § 125 Anm. 16, Makower S. 90, Lehmann-Ring zu § 125, Nr. 11, Hupka 364). Diese Ansicht wird damit zu begründen versucht, daß man sagt, die Vollmacht eines Prokuristen sei nach § 49, 2 HGB. erweiterungsfähig, die Vertretungsmacht eines Gesellschafters nach § 126 HGB. unbeschränkbar; wollte man die Vollmacht des Prokuristen für die kombinierte Vertretung durch Gesellschafter und Prokuristen für maßgebend halten, so würde darin eine unzulässige Beschränkung der Vertretungsmacht des Gesellschafters liegen.

Was zunächst die Erweiterungsfähigkeit der Prokura anbelangt, so ist hierzu zu bemerken, daß allerdings nach § 49, 2 HGB. dem Prokuristen „besonders" Vollmacht zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken erteilt werden kann. Ob dann in diesem Falle eine ausdrückliche Erteilung nötig ist oder ob eine stillschweigende Erteilung möglich ist, soll nicht weiter untersucht werden. Jedenfalls geht es m. E. nicht an, in dieser besonders erteilten Vollmacht zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken eine Erweiterung der Prokura sehen zu wollen. Vielmehr liegt darin nur die Erteilung einer einfachen Vollmacht neben der Prokura, oder wie v. Voß sagt, eine spezielle oder allgemeine Erteilung einer Vollmacht, bei der die Prokura weiter gar nicht in Betracht kommt (v. Voß, S. 36). Es gibt eben keine Erweiterung der Prokura. Wie die Prokura nach § 50 HGB. nicht beschränkt werden darf, so darf sie auch nicht erweitert werden, sondern nur der Person des Bevollmächtigten kann neben der Prokura eine Plusvollmacht erteilt werden. Ihr Inhalt steht unabänderlich fest. Wir bezeichneten die Prokura deshalb im Anfange unserer Abhandlung mit Lehmann-Ring als absolute Vollmacht und hoben hervor, daß gerade darin ihre hohe Bedeutung für den Handelsverkehr liege. Nur als absolute Vollmacht könnte

sie den Bedürfnissen des Handelsverkehrs gerecht werden, nur so ihre Aufgabe erfüllen. Eine Erweiterung der Prokura würde also dem Zweck der Prokura widersprechen. Wie aber die Erteilung der Vollmacht zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken nicht als Erweiterung der Prokura angesehen werden kann, so kann dies ebensowenig bei der Anordnung einer Gesamtvertretung zwischen Gesellschafter und Prokuristen der Fall sein. Aber selbst wenn man in der Anordnung einer Gesamtvertretung nach § 125, 3 HGB. eine stillschweigende oder ausdrückliche Ermächtigung des Prokuristen zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken sehen will oder gar eine Erweiterung der Prokura, so kann doch daraus allein noch nicht geschlossen werden, daß dann die gemeinschaftliche Vertretungsmacht sich nach der des vertretungsberechtigten Gesellschafters richte. Das wäre nur möglich, wenn die Prokura so erweiterungsfähig wäre, daß sie gleichen Umfang erhielte wie die Vertretungsmacht eines Gesellschafters (Bie, S. 39 f.). Das kann aber nie geschehen. Die Prokura könnte nie dahin erweitert werden, daß der Prokurist sogar zur Vornahme solcher Geschäfte und Rechtshandlungen ermächtigt wäre, für die eine Vertretung überhaupt nicht zugelassen ist, weil sie vom Gesetzgeber als höchstpersönliche Akte des Inhabers des Handelsgewerbes oder seiner gesetzlichen Vertreter (arg. § 48 HGB.) angesehen werden (Staub zu § 49 Anm. 4). Das sind z. B. Eidesleistung (§ 478 HGB.), Unterschrift der Bilanz, Zeichnung nach § 12 HGB., Abgabe der Gründererklärung nach § 191 HGB., Einberufung einer Generalversammlung. Schließlich gehört hierher auch die Erteilung und der Widerruf der Prokura. Der Gesellschafter kann also niemand ermächtigen, Prokura zu erteilen. Wenn nun die gegnerische Ansicht diese dem Prokuristen stets entzogenen Rechte für keine Akte der rechtsgeschäftlichen Verfügung über das Gesellschaftsvermögen halten will, also kein negatives Ergebnis für ihre Konstruktion darin erblickt, so ist dies für die Bestellung und Absetzung eines Prokuristen sicher in Abrede zu stellen. Die Bestellung eines Prokuristen sollte kein Akt der rechtsgeschäftlichen Verfügung über das

Gesellschaftsvermögen sein, also kein Akt der Vertretung? Warum ist denn dann Erteilung und Widerruf der Prokura unter den sonstigen „Vertretungs"handlungen aufgeführt?

Wenden wir uns nunmehr der zweiten Begründung zu: daß die Vertretungsmacht des Gesellschafters unzulässig beschränkt würde, wollte man für die Gesamtvertretung eines Gesellschafters und Prokuristen die Vollmacht des letzteren für maßgebend erklären. Diese Anschauung hängt m. E. unmittelbar mit der anderen von der gegnerischen Seite vertretenen zusammen, daß nämlich eine Gesamtvertretung zwischen dem einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter und einem Prokuristen zulässig sei. Wir haben oben (S. 31—32 der Abhandlung) diesen Fall und die diesem verwandten Fälle für unzulässig erklärt, weil das Recht des Gesellschafters auf gerichtliche Entziehung der Vertretungsmacht in gesetzwidriger Weise umgangen werden könnte. In diesem Falle würde ja dann allerdings eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Gesellschafters vorliegen, wollte man den Umfang der Prokura für die Gesamtvertretung für maßgebend halten, da der vertretungsberechtigte Gesellschafter ja niemals in die Lage käme, seine ihm nach § 126 HGB. zustehende Vertretungsmacht auszuüben.*)

Da die Gesamtvertretungsmacht zwischen Gesellschafter und Prokuristen nach § 125, 3 HGB., wie wir oben gefunden haben, nur in ganz bestimmten Fällen zulässig ist, nämlich

*) In dieser Reihenfolge muß meines Erachtens der Beweis für die persönliche und sachliche Kompetenz der Gesamtvertretung zwischen Gesellschafter und Prokuristen geführt werden; also in der Weise, daß man die persönliche Kompetenz durch Heranziehung des § 127 HGB. bestimmt und dann aus der persönlichen die sachliche Kompetenz folgert. Nicht geht es dagegen an, mit Klein (S. 73, 88) den Beweis hierfür in der Weise anzutreten, daß man sagt: die persönliche Kompetenz bestimme sich danach, ob in den einzelnen Fällen eine sachliche Beschränkung in der Vertretungsmacht des Gesellschafters vorliege; für die sachliche Kompetenz ergebe sich keine unzulässige Beschränkung der Vertretungsmacht des Gesellschafters, wenn man die Fälle in Betracht zöge, die bei der persönlichen Kompetenz für zulässig erklärt seien. Das heißt m. a. W. aus der persönlichen Kompetenz die sachliche, und aus der sachlichen Kompetenz die persönliche herleiten.

nur wenn auf Seiten der Gesellschafter Gesamtvertretung nach § 125, 2 HGB. angordnet ist, und untersuchen wir nun, ob in den zulässigen Fällen wirklich eine unzulässige Beschränkung der Vertretungsmacht des Gesellschafters dadurch eintritt, daß der Umfang der dem Prokuristen zustehenden Vollmacht für maßgebend erklärt wird, so werden wir sehen, daß dies keineswegs an dem ist. Die Gesellschafter sind trotz der Anordnung des § 125, 3 HGB. jederzeit in der Lage, ihre volle Vertretungsmacht auszuüben, nämlich wenn sie, wie sich aus dem Begriff Gesamtvertretung ergibt, zusammenhandeln. Wenn sie aber außerdem noch mit einem Prokuristen die Gesellschaft vertreten dürfen, so liegt darin durchaus keine Beschränkung ihrer Vertretungsmacht, vielmehr sogar ein Plus von Vertretungsmacht.

Da mithin obige Begründungen nicht stichhaltig sind, ferner aber der Zweck des § 125, 3 HGB. lediglich der ist, eine Aushilfe für den Fall zu schaffen, daß ein gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter verhindert ist, so können wir uns mit Recht der Ansicht anschließen, die da sagt, daß sich die Vertretungsmacht eines Gesellschafters und Prokuristen in ihrem Umfange nach der des Prokuristen richtet, oder (da Klein diese Ausdrucksweise nicht ganz für richtig hält, weil sowohl der Gesellschafter wie der Prokurist, jeder die ihm durch das Gesetz zugewiesene Vertretungsmacht behalte), daß ein Gesellschafter und ein Prokurist, denen Gesamtvertretung nach § 125, 3 HGB. erteilt ist, nur solche Geschäfte und Rechtshandlungen vornehmen können, die in den Rahmen der Prokura fallen.

Diese Ansicht gibt auch schon die Denkschrift (S. 92) wieder: „Daß der Umfang der gemeinschaftlichen Vertretungsbefugnisse des Gesellschafters und des Prokuristen sich nach dem Umfang der Vollmacht des letzteren richtet, bedarf keiner besonderen Hervorhebung.“ Wenn es schließlich in der Denkschrift heißt, in allen praktisch wichtigen Fällen wird sich auch die gemeinschaftliche Vertretungstätigkeit in den Grenzen der Prokura bewegen, so kann dem nur beigepflichtet werden, wenn auch Staub

(zu § 125) zuzugeben ist, daß es nicht richtig ist, hieraus ein Argument für unsere Ansicht zu entnehmen.

Es erübrigt sich, auf das Zustandekommen von rechtsverbindlichen Akten seitens der Gesamtprokuristen und des kombinierten Vertretungsorganes nach § 125, 3 HGB. kurz einzugehen. Aus dem Wesen der Gesamtprokura heraus ergibt sich nun, daß eine Dritten gegenüber gültige Vertretungshandlung, selbst Fälle der dringenden Gefahr nicht ausgenommen, nur durch gemeinsames Handeln der Gesamtprokuristen zustande kommen kann. Brauchen die Gesamtprokuristen auch nicht gerade den Rechtsakt in unmittelbarer Gemeinsamkeit vorzunehmen, so muß sich doch immerhin der Rechtsakt als ein von allen Gesamtberechtigten beschlossener darstellen, die rechtserhebliche Erklärung muß von allen ausgegangen sein. An sich ist ferner vorherige und nachträgliche Mitwirkung nicht unzulässig, selbst Mitwirkung durch konkludente Handlungen ist möglich. „Überall muß eine wirkliche Mitwirkung bei dem betreffenden Akte vorliegen, die Zustimmung darf nicht ein Internum der Gesamtberechtigten bleiben.“ (Staub zu § 48 Anm. 10.)

Unitas actus ist auch nicht erforderlich für die Handlungen gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter, mithin auch nicht, wenn eine Gesamtvertretung derart angeordnet ist, daß ein Gesellschafter und ein Prokurist zusammen die Gesellschaft vertreten sollen.

Es ist nun schließlich für alle drei Arten der Gesamtvertretung zu merken, daß die Gesamtvertretungsberechtigten einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen können. Dies ist für die beiden letzten Arten der Gesamtvertretung ausdrücklich gesagt in § 125, 2 und 3 HGB.

Dasselbe muß aber auch für Gesamtprokuristen gelten (Staub, § 48 Anm. 13, Makower, I 90, a. A. Düringer-Hachenburg, I 176). v. Voß (S. 89) wendet hiergegen ein, daß kein augenscheinlicher Grund dafür vorläge, „daß der Gesetzgeber in § 125, 2 und 3 HGB. die Erteilung einer solchen Aftervollmacht aus der Mitte des Vertretungsorgans besonders regle, dagegen bei den gesetzlichen Be-

stimmungen über Gesamtprokura diesbezügliche Anordnungen weglasse.“ Der Gesetzgeber konnte unmöglich die Gesamtprokura in ihren Einzelheiten regeln und war daher berechtigt, etwas, was sich aus allgemeinen Erwägungen gab, wegzulassen, zumal war er berechtigt, Bestimmungen über eine derartige Ermächtigung nicht aufzunehmen, da diese schon nach früherem Recht zulässig war (Staub, zu § 48 Anm. 13). Wenn sie aber im neuen HGB. bei gesellschaftlicher Gesamtvertretung besonders geregelt ist, nicht aber bei der Gesamtprokura, so geschah das wohl, weil man es für zweifelhaft hielt, ob die Grundsätze sich auch dort aus der Natur der Sache ergeben. Nichts spricht dagegen für eine Ausnahme-Vorschrift (Makower, I 90). Diesen Standpunkt vertritt auch das Reichsgericht (RG. 48, 58), dessen Entscheidung es ausdrücklich hervorhebt, daß das Gesetz nur die Rechtsanschauung wiederhole, die schon unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches Anerkennung gefunden hatte.

Literaturverzeichnis.

Anschütz und v. Völderndorff, Kom. z. allg. deutschen Handelsgesetzbuch. 1870. Bde. 1 und 2.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. 1886.

Behrens, Rechte der offenen Handelsgesellschafter im Innenverhältnis. Leipzig Diss. 1907.

Bie, Über die Kollektivprokura. Leipzig Diss. 1894.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allg. deutschen Handelsgesetzbuches. Bde. 1, 4.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 1910.

Deutsche Juristen-Zeitung (zit. DJZ.).

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches. 1896.

Endemann, Lehrbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechtes. 1881. Bd. I. (Lastig.)

Fleischhauer, Der Umfang der in der Prokura enthaltenen Vollmacht. Leipzig Diss. 1908.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 1909.

Gareis-Fuchsberger, Das allg. deutsche Handelsgesetzbuch. 1891.

Gierke, Deutsches Privatrecht, in Bindings Handbuch. Bd. I. 1895.

Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht. 1900. (Bd. 100 der Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte.)

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (zit. ZHR.).

v. Górski, Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. Wien 1888.

Hergenhahn-Tuchatsch, Die offene Handelsgesellschaft. 1894.

Hupka, Die Vollmacht. 1900.

Ihering, Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bde. 36, 44.

Keyßner, Kom. z. allg. deutschen Handelsgesetzbuch. 1872.

Klein, Die Vollmacht des Prokuristen und die Gesamtvertretung der §§ 125, 3 und 232, 2 HGB.'s. Leipzig Diss. 1907.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1906.

Lehmann-Ring, Kom. z. Handelsgesetzbuch. 1899.

Makower, Handelsgesetzbuch m. Kom. 1901.

Mönch, Entstehen und Erlöschen der Prokura. Leipzig Diss. 1907.

Planck, Allg. Teil des BGB.'s. 1903.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allg. deutschen Handelsgesetzbuches (Lutz).
Puchelt, Kom. z. allg. deutschen Handelsgesetzbuch. 1892 bis 1894.
Das Recht, Rundschau f. d. deutsch. Juristenbund.
Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaft. 1881.
Schmidt, Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. Leipzig Diss. 1908.
Schulze, Erteilung der Prokura. Leipzig Diss. 1908.
Staub, Kom. z. Handelsgesetzbuch. 1906.
Staudinger, Allg. Teil des bürgerlichen Gesetzbuches. 1910.
v. Voß, Die kombinierte Vertretungsform der §§ 125, 3 u. 232, 2 HGB. eine Gesamtprokura. Rostock Diss. 1906.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts. 1903.
v. Westenholz, Entstehen und Erlöschen der Prokura. Diss. 1906.

Lebenslauf.

Ich, Fritz Bünning, Sohn des Lehrers em. Otto Bünning, bin geboren am 6. September 1888 zu Samswegen im Kreise Wolmirstedt. Ich besuchte von Ostern 1899 bis Ostern 1908 das Kgl. Gymnasium zu Quedlinburg a. H., das ich nach bestandener Reifeprüfung verließ, um Jura zu studieren. Ich studierte zunächst in Halle, begab mich dann nach Genf, um im nächsten Semester nach Halle zurückzukehren und mein Studium zu vollenden. Am 26. Oktober 1911 bestand ich das examen rigorosum.

Vorlesungen hörte ich bei den Herren von Blume, Brodnitz, von Brünneck, Conrad, Finger, Langheinecken, Lastig, Litten, Löning, Rehme, Stammler.

Allen diesen Herren, namentlich Herrn Geh. Justiz-Rat Prof. Dr. Lastig, welcher die vorliegende Arbeit anregte und mich bei ihrer Anfertigung stets bereitwilligst unterstützte, fühle ich mich zu Dank verpflichtet.

Fritz Bünning.

Thesen.

1. Ein kollektivvertretungsberechtigter Gesellschafter kann nicht zum Prokuristen einer offenen Handelsgesellschaft bestellt werden.
2. Ein Gesellschafter und ein Prokurist, denen Gesamtvertretung nach § 125 Abs. 3 HGB. erteilt ist, können nur solche Geschäfte und Rechtshandlungen vornehmen, die in den Rahmen der Prokura fallen.
3. Die vom Vorstand einer eingetragenen Genossenschaft gemäß § 33 Abs. 2 Gen.-Ges. zu veröffentlichende Bilanz ist die von der Generalversammlung genehmigte.
4. Nach Konkurseröffnung über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft fällig werdende Einzahlungen auf den Geschäftsanteil (§ 7 Nr. 2 Abs. 2 Gen.-Ges.) sind von den Genossen nicht mehr zu entrichten.
5. Genehmigt der Hypothekengläubiger die ihm vom Veräußerer mitgeteilte Schuldübernahme durch den Erwerber, so ist die Genehmigung rechtswirksam, auch wenn die Mitteilung den in § 416 Abs. 2 Satz 2 BGB. vorgeschriebenen Hinweis nicht enthielt.
6. Die im Falle einer Auflösung des Abgeordnetenhauses in Gemäßheit des Art. 77 Abs. 3 VU. erfolgte Vertagung des Herrenhauses unterbricht die Kontinuität der Beschlüsse dieser Körperschaft.